

**Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 6 janvier 2021, 20-80.508, Inédit****Cour de cassation - Chambre criminelle**

N° de pourvoi : 20-80.508
ECLI:FR:CCASS:2021:CR00049
Non publié au bulletin
Solution : Rejet

Audience publique du mercredi 06 janvier 2021

Décision attaquée : Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, du 19 décembre 2019

Président
M. Soulard (président)

Avocat(s)
SCP Rousseau et Tapie

Texte intégral**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a rendu l'arrêt suivant :

N° X 20-80.508 F-D

N° 00049

SM12
6 JANVIER 2021

REJET

M. SOULARD président,

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE,
DU 6 JANVIER 2021

La société Ourry, partie civile, a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 3e section, en date du 19 décembre 2019, qui, dans l'information suivie sur sa plainte, contre personne non dénommée du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction.

Un mémoire a été produit.

Sur le rapport de Mme Planchon, conseiller, les observations de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de la société Ourry, partie civile, et les conclusions de M. Valat, https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043004937?dateDecision=&init=true&page=1&query=SIETOM&searchField=ALL&tab_selection=juri 1/4

avocat général, après débats en l'audience publique du 25 novembre 2020 où étaient présents M. Soulard, président, Mme Planchon, conseiller rapporteur, Mme de la Lance, conseiller de la chambre, et Mme Lavaud, greffier de chambre,

la chambre criminelle de la Cour de cassation, composée en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure ce qui suit.

2. Le 21 juillet 2011, la demanderesse a déposé plainte avec constitution de partie civile dénonçant des faits d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics qui auraient été commis par le Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères (SIETOM) de Tournan en Brie, présidé par M. C... P..., dans le cadre de la procédure de marché relative à l'exploitation des déchetteries.

3. Selon la partie civile, la première attribution de ce marché ayant été annulée par la juridiction administrative dans le cadre d'un référé pré-contractuel déposé par elle, le SIETOM a relancé une nouvelle procédure à l'issue de laquelle la commission d'appel d'offre (CAO) mise en place par le SIETOM a, le 3 juin 2008, sur la base du rapport d'analyse des offres, rédigé par le cabinet Synorganism, assistant au maître d'ouvrage, attribué à la société Sepur le lot n° 1, portant sur la collecte des déchets ménagers et le lot n° 3, relatif à l'exploitation des déchetteries, tandis que le lot n°2, pour le traitement des encombrants, est attribué à la société Sita.

4. Au cours de son audition, M. N... E..., responsable de la société Ourry, a dénoncé le fait que la fille de M. C... P..., président du SIETOM, ainsi que d'autres proches de celui-ci, étaient salariés de la société Sepur et a remis la copie d'un extrait du procès-verbal de la réunion du comité syndical du SIETOM du 23 février 2009 qui avait décidé de l'attribution du marché, à laquelle la première participait, sous son nom d'épouse, L... B....

5. Au cours des perquisitions effectuées au siège du SIETOM et dans des bureaux loués par cette entité, ont été saisis divers documents et, notamment, un courriel de M. R..., directeur général de Sepur, adressé à M. P..., associé à un second mail adressé à Sepur par M. H..., accompagné d'une lettre d'engagements réciproques entre ces deux sociétés, aux termes de laquelle elles s'accordaient pour se partager le marché du SIETOM.

6. Selon les membres de la CAO, le choix de la société Sepur s'était effectué sur la base des conclusions du rapport du cabinet Synorganism dont le dirigeant à l'époque des faits a indiqué que les offres de Sepur, respectivement formulées pour les lot n° 1 et 3, étaient plus précises et prenaient en compte la performance environnementale, à la différence des prestations proposées par la société Ourry et avaient donc en conséquence été mieux notées.

7. M. P... a expliqué que l'attribution des lots n° 1 et 3 du marché public de traitement des déchets à la société Sepur avait pris en compte son offre incluant pour la collecte l'utilisation de véhicules au gaz naturel (GNV), que cette attention au respect de l'environnement avait été un élément essentiel emportant le choix de la commission et qu'il avait, en vain, sollicité la société Ourry pour qu'elle propose une offre similaire.

8. Concernant le courriel comportant un projet de lettre d'accord réciproque proposé par la société Ourry à la société Sepur, au cas où Sepur serait attributaire du marché, il a indiqué qu'il s'agirait d'une pratique courante de la société Ourry, celle-ci ayant contesté l'attribution du marché après le refus de la société Sepur de signer cette lettre.

9. Dans le cadre du contentieux engagé par la société Ourry, la cour administrative d'appel, confirmée en cela par le Conseil d'Etat, a, dans des décisions du 21 mai 2013 concernant le lot n° 1, et du 1er octobre 2013 concernant le lot n° 3, constaté, pour la première, que les sous-critères utilisés pour l'attribution du marché devaient être regardés comme des critères de sélection et être portés à la connaissance des candidats avec leurs conditions de mise en oeuvre, pour la seconde, l'existence d'une offre anormalement basse de la société Sepur et une erreur manifeste d'appréciation du SIETOM qui aurait dû la rejeter, confirmé la décision d'annulation du marché par les premiers juges et condamné le SIETOM à payer à la société Ourry les sommes respectives de 500 000 euros et de 100 000 euros correspondant au manque à gagner résultant de son éviction irrégulière du marché.

10. Le 21 janvier 2019, à l'issue de l'information, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu à l'encontre de laquelle la partie civile a formé un appel.

Examen du moyen

Énoncé du moyen

11. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a dit n'y avoir lieu à suivre en l'état et déclaré n'y avoir lieu à suivre contre quiconque, alors :

« 1°/ que constitue le délit de favoritisme le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ; que l'émission d'un appel d'offres dont les critères sont imprécis constitue un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ; qu'en énonçant que « le fait de passer un appel d'offres insuffisamment précis, s'il peut faire encourir à son auteur une sanction civile ou administrative, ne suffit pas à caractériser un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public », la chambre de l'instruction a méconnu l'article 432-14 du code pénal ;

2°/ que tout acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public est un élément constitutif du délit de favoritisme ; qu'en énonçant, d'une part, que c'est « à juste titre que le juge administratif a pu condamner le SIETOM à verser des dommages-intérêts à la société Ourry pour sanctionner l'absence de précision de l'appel d'offres ayant abouti à l'attribution des lots litigieux à la société SEPUR », tout en énonçant, d'autre part, que « cette condamnation ne [faisait pas] automatiquement encourir des poursuites pénales à l'auteur de l'appel d'offres du chef de favoritisme », la chambre de l'instruction, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, a statué par des motifs contradictoires en violation de l'article 432-14 du code pénal, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale ;

3°/ que selon l'article 1er du code des marchés publics applicable en la cause, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; qu'il en résulte que constitue le délit de favoritisme l'attribution d'un marché public fondée sur des relations personnelles ; que dans son mémoire devant la chambre de l'instruction, la société Ourry faisait valoir que divers employés de la société SEPUR étaient liés à la famille de M. P..., président du SIETOM, notamment la fille de M. P..., salariée de la société SEPUR ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que « les investigations réalisées par la DRPJ de Versailles permettaient de déterminer que lors de la réunion du conseil syndical du SIETOM entérinant l'attribution du marché à la société SEPUR, Mme L... B..., identifiée comme la fille de M. P..., président du SIETOM, et salariée de SEPUR, était présente et même intervenue brièvement » ; qu'en ne répondant pas à ce moyen péremptoire des écritures du mémoire de l'exposante, la chambre de l'instruction a méconnu l'article 198, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale ;

4°/ que l'exposante avait dénoncé des faits de favoritisme concernant l'attribution du lot n° 3 relatif à l'exploitation de cinq déchetteries ; qu'elle soutenait que le SIETOM avait commis le délit de favoritisme en ne rejetant pas l'offre de la société SEPUR comme anormalement basse et que M. P... avait lui-même reconnu devant les enquêteurs qu'il savait que « SEPUR s'était trompée » mais qu'il leur a quand même « demandé de confirmer que ce prix était le bon » et ajoute qu'ils « n'ont pas pu se dédire », reconnaissant « que c'est plus que limite, mais l'intérêt pour nous c'était qu'ils s'engageaient sur ce prix » ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen péremptoire du mémoire de l'exposante, la chambre de l'instruction a, de nouveau, méconnu l'article 198, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale ;

5°/ qu'ainsi que le faisait valoir l'exposante, selon le règlement de la consultation, le carburant utilisé ne constituait qu'un élément parmi d'autres des performances environnementales des véhicules de collecte ; que la chambre de l'instruction a énoncé que le SIETOM s'était appuyé sur l'expertise d'une structure d'audit extérieur qui a déterminé que la société SEPUR était le meilleur candidat en raison de l'utilisation de camions de collecte roulant au gaz naturel ; qu'il résulte ainsi que les autres critères, pourtant énumérés dans le règlement de la consultation, n'ont pas été pris en compte ; qu'en ne recherchant pas si, en faisant abstraction d'autres critères, le SIETOM n'avait pas volontairement avantagé la société SEPUR, la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 432-14 du code pénal ;

6°/ que l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal est caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ; qu'en énonçant que « la conviction de F... Y... ou les doutes d'une autre personne, quant à l'influence de C... P..., président du SIETOM, ne peut à soi seul, s'agissant d'une intime conviction non étayée sur des faits, démontrer l'intention délictuelle du SIETOM et de son président », la chambre de l'instruction a méconnu l'article 432-14 du code pénal ;

7°/ qu'en ne recherchant pas si, même en l'absence d'influence du président du SIETOM, il n'existait pas des charges suffisantes d'avoir tenté de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 432-14 du code pénal ;

8°/ qu'en énonçant, pour dire n'y avoir lieu à suivre du chef de favoritisme, « qu'en son temps, la société Ourry admettait la possibilité que SEPUR puisse proposer une meilleure offre, en lui adressant une lettre d'accord réciproque, que cette dernière avait refusé de signer », la chambre de l'instruction a statué par des motifs inopérants, en violation de l'article 593 du code de procédure pénale ;

9°/ qu'il appartient à la chambre de l'instruction, saisie in rem, d'examiner chacun des faits qui lui sont déférés sous toutes les qualifications possibles indépendamment de la qualification donnée par la partie poursuivante ; que l'article 432-12 du code pénal prévoit que le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que « les investigations réalisées par la DRPJ de Versailles permettaient de déterminer que lors de la réunion du conseil syndical du SIETOM entérinant l'attribution du marché à la société SEPUR, Mme L... B..., identifié comme la fille de M. P..., président du SIETOM, et salariée de SEPUR, était présente et même intervenue brièvement » ; qu'en ne recherchant pas si ces faits ne révélaient pas l'existence d'une prise illégale d'intérêts à l'encontre de M. P..., président du SIETOM, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale au regard de l'article 80 du code de procédure pénale, ensemble l'article 432-12 du code pénal ;

10°/ qu'en ne recherchant pas davantage si ces faits ne révélaient pas l'existence d'un recel de prise illégale d'intérêts à l'encontre de la société SEPUR ou de Mme L... B..., fille de M. P..., président du SIETOM, la chambre de l'instruction a de nouveau privé sa décision de base légale au regard de l'article 80 du code de procédure pénale, ensemble l'article 432-12 du code pénal. »

Réponse de la Cour

12. Pour confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, l'arrêt attaqué énonce, par motifs propres et adoptés, que le fait de passer un appel d'offre insuffisamment précis, s'il peut faire encourir à son auteur une sanction civile ou administrative, ne suffit pas à caractériser un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public qui seul constitue une faute pénale.

13. Les juges ajoutent que la condamnation du SIETOM par le juge administratif à indemniser la demanderesse en raison de l'absence de précision de l'appel d'offre ayant abouti à l'attribution des lots litigieux à la société Sepur ne fait pas automatiquement encourir des poursuites pénales à l'auteur de l'appel d'offre du chef de favoritisme, que le SIETOM s'est appuyé sur l'expertise d'une structure d'audit extérieure, qui a déterminé que la société Sepur était le meilleur candidat, sur des critères affichés, tel l'utilisation de camions de collecte roulant au gaz naturel, et que cette donnée, qui répond à une préoccupation légitime d'écologie, ne peut être contrebalancée, en particulier auprès de la population, par l'affirmation que le gazoil utilisé par la société Ourry serait le moins polluant ou en soutenant que le gaz naturel est également source de pollution, en particulier auprès de co-contractants élus.

14. Ils relèvent que la société Ourry a admis la possibilité que la société Sepur puisse proposer une meilleure offre, en lui adressant une lettre d'accord réciproque, que cette dernière avait refusé de signer et que la conviction ou les doutes des témoins quant à l'influence de M. P..., président du SIETOM, ne peuvent à eux seuls, s'agissant d'une intime conviction non étayée sur des faits, démontrer l'intention délictuelle de ces derniers.

15. La chambre de l'instruction conclut que dès lors il n'est pas démontré que les manquements relevés et sanctionnés par la juridiction administrative, soient constitutifs d'un délit de favoritisme, ou quelque autre délit, tel le recel de favoritisme et qu'aucune infraction n'étant caractérisée, le non-lieu sera confirmé.

16. En se déterminant ainsi, et dès lors que, d'une part, la partie civile avait manifesté son accord sur le principe d'une offre plus basse, d'autre part, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que les juges ont recherché si les faits pouvaient revêtir d'autres qualifications, la chambre de l'instruction a justifié sa décision.

17. L'arrêt est régulier en la forme.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le six janvier deux mille vingt et un.ECLI:FR:CCASS:2021:CR00049